

DOCTRINA

INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE (*)

Raimundo Simão de Melo (**)

Sumário: Introdução; Natureza jurídica; Previsão legal; Posição jurisprudencial; Cabimento nas relações de trabalho.

Introdução

É princípio de responsabilidade civil que, aquele que causa dano ao outrem fica obrigado a reparar os prejuízos decorrentes do seu ato, de forma integral. Além dos prejuízos definidos como danos emergentes e lucros cessantes, em razão de um ato ilícito e injusto praticado por outrem, pode alguém ficar privado da oportunidade de obter determinada vantagem ou então, de evitar um prejuízo. Isso pode dar ensejo a um pleito de indenização pela perda de uma chance ou oportunidade.

Por muito tempo o direito ignorou a possibilidade de se responsabilizar o autor do dano decorrente da perda de alguém obter uma oportunidade de chances ou de evitar um prejuízo, argumentando que aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza, a propiciar uma reparação. Igualmente à postura da doutrina, os tribunais costumavam exigir, por parte da vítima que alegava a perda de uma chance, prova inequívoca de que, não fora a ocorrência do fato, teria conseguido o resultado que se diz interrompido.

Regra geral, os pedidos são feitos de forma inadequada, buscando-se indenização por conta da perda da vantagem perdida e não pela perda da oportunidade de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo. Todavia, uma coisa é a perda da vantagem esperada; outra é a perda

da chance de obter a vantagem ou de evitar um prejuízo. É esta última hipótese que pode justificar o pedido de indenização.

O sentido jurídico de chance ou oportunidades é a probabilidade de alguém obter um lucro ou evitar um prejuízo.

Assim, o que se indeniza não é o valor patrimonial total da chance por si só considerada, como equivocadamente se tem visto na maioria dos pedidos. O que se indeniza é a possibilidade de obtenção do resultado esperado; o valor da indenização deve ser fixado tomando-se como parâmetro o valor total do resultado esperado e sobre este incidindo um coeficiente de redução proporcional às probabilidades de obtenção do resultado final esperado. Assim como não se pode exigir a prova cabal e inequívoca do dano, mas apenas a demonstração provável da sua ocorrência, a indenização, coerentemente, deve ser proporcional à possibilidade maior ou menor de obtenção do resultado almejado.

No direito estrangeiro o tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance vem sendo discutido já há algum tempo. No direito italiano, por exemplo, o primeiro caso aceito pela Corte de Cassação ocorreu em 1983, quando determinada empresa convocou alguns trabalhadores para participar de um processo seletivo para a contratação de motoristas que iriam compor o seu quadro de funcionários. Não obstante tenham se submetido a diversos exames médicos, alguns candidatos ao emprego foram impedidos de participar

das demais provas de direção e de cultura elementar, necessárias à conclusão do processo de admissão.

Na ação ajuizada, o juiz de primeiro grau reconheceu o direito dos autores de serem admitidos, desde que superassem as provas que não fizeram, condenando a empresa a indenizá-los pelo atraso no processo de admissão. O tribunal de Roma reformou a sentença, sob o argumento de que o dano decorrente da perda da chance não seria indenizável, por se tratar de um dano meramente potencial, não demonstrado de forma segura. A corte de Cassação reformou o acórdão do tribunal, argumentando que a indenização pretendida pelos candidatos ao emprego se referia não à perda do resultado favorável, que seria a obtenção do emprego, mas, à perda da possibilidade de conseguirem referidos candidatos o resultado útil ao direito de participar das provas necessárias para obtenção do emprego. Esta possibilidade já se integrara ao patrimônio daqueles candidatos, quando do comportamento ilícito da empresa, enquadrando-se a situação como dano emergente. A conclusão do acórdão é a seguinte:

“O conceito de perda e de lucro não se refere somente a uma entidade pecuniária, mas a qualquer utilidade economicamente valorável. Em concreto, também constitui uma entidade patrimonial, uma situação à qual é ligado um lucro provável: o valor econômico é oferecido da entidade deste lucro e do grau de probabilidade que o lucro seja efetivamente produzido; o fato de que a situação seja idônea a produzir apenas provavelmente e não com absoluta certeza o lucro a essa ligado influi não sobre a existência, mas sobre a valoração de um dano indenizável (...). No caso em análise, foi subtraída uma situação (possibilidade de se submeter às ulteriores provas, que, se superadas, teriam determinado a contratação) da qual tinham direito de usufruir.” (1)

Como se observa, não há falar em lesão ao direito subjetivo, mas, ao contrário, esta lesão ocorre em relação a um direito em expansão, que no caso mencionado era a legítima expectativa dos trabalhadores de, realizadas as provas, serem admitidos ao emprego.

A doutrina francesa, aplicada com frequência pelos nossos Tribunais, fala na perda de uma chance (*perte d' une chance*), nos casos em que o ato ilícito tira da

vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, conseguir um novo emprego, deixar de ganhar uma causa pela falha do advogado etc. É preciso, todavia, que se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. (2)

Natureza jurídica

Parte da nossa doutrina entende que se trata de uma espécie de lucro cessante; outra, de dano emergente.

O *dano emergente*, como entendido pacificamente na doutrina, importa numa efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima, naquilo que ela efetivamente perdeu, o que hoje está consagrado no artigo 402 do Código Civil. Já os *lucros cessantes*, na definição legal, são aquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar; é a perda do lucro esperável. É, portanto, algo quase certo, que somente precisa ser quantificado. Exemplo clássico é do motorista de táxi que tem o seu veículo abalroado injustamente por outrem. Em razão do evento, esse motorista sofre um prejuízo imediato, consistente nos danos causados ao seu veículo: dano emergente. Além disso, ele sofre outro prejuízo, classificado como lucro cessante, consistente na perda de ganhos com as corridas durante o período em que o veículo ficar paralisado para conserto. Esse prejuízo será aquilutado aplicando-se uma média diária dos seus ganhos, que serão provados nos autos. A dificuldade na quantificação do lucro cessante existe, mas é bem menor do que na situação de perda de uma chance, diante da incerteza de obtenção do resultado esperado.

Se a perda de uma chance for enquadrada como dano emergente ou lucro cessante, terá o autor da ação que comprovar de forma inequívoca que, não fosse a existência do ato danoso, o resultado teria se consumado, com a obtenção da chance pretendida, o que é impossível. Ora, se a vitória não pode ser provada e confirmada, o mesmo ocorre em relação ao insucesso da obtenção do resultado esperado. Conforme afirma Sérgio Savi (3), “no caso de lucros incessantes, o autor deverá fazer prova não do lucro cessante em si

considerado, mas dos pressupostos e requisitos necessários para a verificação deste lucro. Já nas hipóteses de perda de uma chance, permanece-se no campo do desconhecido, pois em tais casos, o dano final é, por definição, indemonstrável, mesmo sob o aspecto dos pressupostos de natureza constitutiva.”

Assim, o enquadramento desse dano não cabe exatamente no dano emergente nem nos lucros cessantes, ante a probabilidade e não certeza de obtenção do resultado aguardado. Entendo que se trata de uma terceira espécie intermediária de dano, entre o dano emergente e o lucro cessante.

Por outro lado, o que não se pode é dizer que a indenização pela perda de uma chance é de natureza moral, apenas. É claro que, além da indenização material, enquadrada nessa terceira e *sui generis* espécie, a vítima pode sofrer dano moral, também passível de reparação. Igualmente não se pode esquecer de que o ato ilícito que gerou a indenização pela perda de uma chance pode acarretar outros prejuízos materiais por dano emergente propriamente dito, passível de reparação. É o caso, por exemplo, de um atleta corredor que está a poucos metros da bandeirada final que lhe daria, com séria chance, a vitória em primeiro lugar, mas que é agarrado por uma pessoa que o impede de continuar na disputa. Com esse ato retira-se-lhe a oportunidade de ser vitorioso. Há prejuízo pela perda da chance e por danos morais, mas esse atleta pode ainda ficar traumatizado e doente e ter que se submeter a sério tratamento médico e psicológico para poder voltar a correr, pois o abalo foi tão grande que atingiu a saúde física e psíquica do mesmo. Com as despesas desse tratamento deverá arcar o autor do ato, como é evidente, que tem natureza de dano emergente.

Em recente e talvez pioneira decisão, a Justiça do Trabalho apreciou a questão da perda de chance/oportunidade, enfrentando a controvertida questão da responsabilidade civil do advogado em caso de não interposição do recurso cabível, em especial, quando há jurisprudência superior favorável à tese do cliente. No caso, o réu foi o sindicato da categoria profissional, que prestou assistência jurídica às reclamantes, atuando como substituto processual e, nessa condição, responde pelos atos do seu advogado. Houve condenação do réu a pagar ao autor indenização por danos morais, afirmando-se que a responsabilidade civil decorrente

dessa omissão só dá margem à reparação por danos morais (pela negligência que levou à frustração da expectativa do autor), mas não por danos materiais, pois o recurso implicaria apenas na expectativa do êxito da ação, e não na certeza da vitória. Para a relatora do acórdão não há dano material “líquido e certo” passível de reparação (TRT 3ª Região; 1ª Turma; RO 00258-2006-016-03-00-9). A Turma manteve a decisão de primeiro grau que deferiu a indenização por dano moral no valor de dois mil reais a cada uma das autoras que teve a sua expectativa de direito frustrada pela não interposição do recurso cabível, já que existia clara jurisprudência favorável à tese por elas defendida (a questão dos “gatilhos” salariais do pessoal da FHEMIG).

O tema é novo e merece reflexões para se evitar desvirtuamentos, enquadramentos errôneos e até mesmo corrida desenfreada e irresponsável na busca de indenizações para qualquer situação.

Previsão legal

Em termos legais, parece-me agasalhável a possibilidade de indenização pela perda de uma chance no direito brasileiro. É que a Constituição Federal estabelece no inciso V do art. 5º cláusula geral de responsabilidade, dizendo que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Desse mandamento decorre que quem causar dano a outrem é obrigado repará-lo proporcionalmente ao agravo.

Essa cláusula, de forma semelhante, consta do art. 186 do Código Civil, que estabelece: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e do art. 927 do mesmo Codex, que diz que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

No caso de reparação para a hipótese de homicídio, o art. 948 do novo CC, diz que “No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações (...)” (grifado)

O art. 949, para as demais situações de dano, afirma:

“No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.” (grifado)

O art. 402 conclui o raciocínio legal, quando preceitua que: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.” (grifado) É nesta parte final, como terceira espécie de dano, que se enquadra a indenização pela perda de uma chance.

Até pouco tempo, durante a vigência do Código Civil anterior, o ordenamento jurídico (arts. 159, 1.536 e 1.538) fazia enumeração restritiva dos bens protegidos pelo instituto da responsabilidade civil, o que não ocorre mais em relação aos dispositivos do novo Código, antes transcritos, correspondentes àquelas disposições revogadas. Agora, como se observa, não há mais entrave algum para o reconhecimento à indenização pela perda de uma chance. Ao contrário, as chances perdidas, desde que reais e sérias, deverão ser indenizadas quando restar provado o nexo causal entre o ato do ofensor e a perda da chance, uma vez que o novo Código Civil brasileiro, a exemplo de outros sistemas jurídicos estrangeiros, ao prever cláusula geral de responsabilidade pela indenização de qualquer espécie de danos, inclui aquela decorrente da perda de uma oportunidade.

Este princípio tem por fundamento não a repressão ao ato ilícito, em si, mas, a proteção da vítima. Como afirmam Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalhieri Filho, não é fácil estabelecer até onde o fato danoso projeta sua repercussão negativa no patrimônio da vítima. Assim, deve o juiz, na apreciação do caso real, valer-se de um juízo de razoabilidade, causal e hipotético, levando em conta o desenvolvimento normal dos acontecimentos, caso não tivesse ocorrido o fato ilícito que interrompeu aquela chance de obtenção do resultado esperado.

Posição jurisprudencial

Na jurisprudência são encontrados casos em que o Poder Judiciário apreciou a questão da responsabilidade

civil pela perda de uma chance, aplicando o novo Código Civil, cujos artigos 186, 402, 927, 948 e 949 acolhem a possibilidade de reparação de qualquer dano injusto causado à vítima.

Recentemente o STJ apreciou o caso do “Show do milhão” e reafirmou entendimento favorável à aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. A ementa do acórdão está assim escrita:

“Recurso Especial. Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido” (STJ REsp. 788459/BA; Rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 13/03/2006, p. 334).

O participante teria que responder a uma série de perguntas e, a cada resposta certa na sequência, aumentava o montante do prêmio, até chegar à penúltima pergunta, para atingir o valor de R\$ 500.000,00. Em seguida, seria feita a pergunta do milhão, a qual, se respondida corretamente, daria ao candidato o direito de receber o prêmio máximo de um milhão de reais. Se respondesse incorretamente, o candidato perderia tudo que conquistou até então, ou seja, os R\$ 500.000,00. E se o candidato preferisse não responder à pergunta do milhão, receberia o prêmio acumulado, de meio milhão de reais.

No presente caso, a candidata, autora da ação, chegou à pergunta do milhão, no entanto, achou por bem não respondê-la, por entender que não existia resposta correta. Perguntava-se qual percentual do território brasileiro a Constituição Federal reconhece aos índios, dando-se como possíveis respostas 22%, 2%, 4% ou 10%.

Considerando que nenhuma dessas respostas

encontrava guarida no art. 231 da Constituição Federal, a candidata ajuizou ação pleiteando exatamente o valor de R\$ 500.000, que, segundo ela, deixara de ganhar em razão da questão erroneamente formulada pelo réu.

A sentença de primeira instância acolheu a teoria da responsabilidade civil pela perda da chance e concedeu o pedido de R\$ 500.000,00. Embora aplicando a referida teoria, o juiz de primeiro grau fixou equivocadamente a indenização, pois levou em conta não a possibilidade de a autora acertar a resposta da pergunta e ganhar o prêmio total, mas, a própria chance, ou seja, o resultado esperado.

Contudo, o valor da indenização não poderia ser o prêmio perdido, uma vez que não se poderia afirmar que a autora realmente acertaria a resposta, se a pergunta tivesse sido formulada corretamente. Por isso, a indenização a ser fixada deveria ser inferior ao montante final que a autora receberia, se exitosa.

Apresentado recurso, foi mantida a sentença pelo Tribunal de Justiça da Bahia.

O STJ, que apreciou o Recurso Especial do réu, aplicou a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, mas acolheu em parte o inconformismo do réu, entendendo que as chances matemáticas que a autora tinha de acertar a resposta da pergunta do milhão, se formulada a questão corretamente, eram de 25%. Assim, reduziu a condenação para R\$ 125.000,00. Eis, a seguir, importantes fundamentos do voto vencedor, relatado pelo ministro Fernando Gonçalves:

“Na hipótese dos autos, não há, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente – ainda que a recorrida tenha, até o momento em que surpreendida com uma pergunta, no dizer do acórdão, sem resposta, obtido desempenho brilhante no decorrer do concurso – que, caso fosse o questionamento final do programa formulado dentro de parâmetros regulares, considerando o curso normal dos eventos, seria razoável esperar que ela lograsse responder corretamente à ‘pergunta do milhão’. ... Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que

ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza – ou a probabilidade objetiva – do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante. Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com a questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano. Resta, em consequência, evidente a perda da oportunidade pela recorrida. Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado da outra. A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00) – equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma ‘probabilidade matemática’ de acerto da questão de múltipla escolha com quatro itens, reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida”.

Como importantes pontos abordados no acórdão pelo STJ, pode-se mencionar: a incerteza do acerto da resposta foi fato inviabilizador da condenação do réu no pagamento integral do valor que ganharia a autora, se obtivesse êxito na pergunta final. Isto porque, repita-se, o que se indeniza não é a chance em si, ou seja, o resultado final, mas, a perda da oportunidade de se tentar chegar àquele resultado.

A chance de ganhar o prêmio máximo, como ressaltado no acórdão, já se integrara ao patrimônio da autora quando do ato danoso do réu, que formulou incorretamente a questão final. Eis, portanto, a razão do acolhimento da tese da responsabilidade de o réu indenizar o prejuízo causado à autora. Finalmente, o tribunal aceitou o entendimento de que a indenização será sempre inferior ao valor do resultado final esperado, aplicando o critério matemático de 25%, proporcional às possibilidades que tinha a candidata, ao responder uma das quatro alternativas.

Como no dano moral, o valor da indenização pela perda de uma chance será arbitrado pelo juiz. Para isso, levará em conta, com base nos fatos provados nos

autos e na sua convicção, as probabilidades reais de atingimento, pelo autor da ação, do resultado esperado. Quanto maiores essas possibilidades, maior deve ser o valor da indenização.

Cabimento nas relações de trabalho

Nas relações de trabalho a teoria da responsabilidade pela perda de chances encontra campo fértil, assim como vem ocorrendo no tocante às indenizações por dano moral *lato sensu*. No campo das doenças e acidentes de trabalho, maiores ainda são as possibilidades da ocorrência de danos pela perda de uma chance.

Imagine-se a situação de um trabalhador que, em perfeitas condições de higidez física e psíquica, na busca de melhoria profissional, está se preparando e ao mesmo tempo prestando concurso público, mas, em razão de um evento acidentário, perde a oportunidade de concluir um certame de que está participando, quando, para conseguir o seu desiderato, precisava apenas se submeter à última das fases eliminatórias do concurso.

Não se trata, como se observa, de lucro cessante nem de dano emergente, porque o candidato não foi ainda aprovado no concurso. O que ele tinha era uma expectativa de atingir o resultado esperado, ou seja, de concretizar aquele direito ainda em expansão.

Outra hipótese pode ocorrer em relação ao funcionário que, conforme as normas internas da empresa, estava prestes a obter uma promoção, a qual não se concretizou por conta de perseguições e de assédio moral praticados pelo chefe do mesmo. A pessoa assediada pode ter sido demitida ou pedido demissão do emprego porque não suportou o assédio. Nesse caso, há possibilidade de se discutir o pagamento de indenização pela perda de oportunidade de obtenção da promoção, que poderia ser efetivada não fosse aquele injusto dano contra ele assacado.

A solução para se aferir o dano e fixar a indenização, dependendo da situação, não é tarefa fácil para o juiz, que não pode confundir uma mera e hipotética

probabilidade com uma séria e real chance de atingimento da meta esperada. Mas, é claro, a reparação da perda de uma chance não pode repousar na certeza de que esta seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo. Trabalha-se no campo das probabilidades. Nessa linha, consagrou o Código Civil (art. 402) o princípio da razoabilidade, caracterizando, no caso, o lucro cessante como aquilo que razoavelmente a vítima deixou de lucrar, o que se aplica a essa terceira espécie de dano, que para aquilatar-lo deve o juiz agir com bom-senso, segundo um juízo de probabilidade, embasado nas experiências normais da vida e em circunstâncias especiais do caso concreto. A probabilidade deve ser séria e objetiva em relação ao futuro da vítima, em face da diminuição do benefício patrimonial legitimamente esperado. Mas, além disso, a reparação buscada pode ter por fundamento, como consequência, um dano moral à vítima do ato ilícito.

Notas

(1) Cf. Sérgio Savi, *Responsabilidade civil por perda de uma chance*, p. 26, Atlas, São Paulo, 2006.

(2) Cf. Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalhieri Filho, *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XIII, p. 95, Forense, Rio de Janeiro, 2004.

(3) *Responsabilidade civil por perda de uma chance*, p. 18.

(4) *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIII, p. 96.

(*) Este artigo é um resumo do item específico sobre o tema, incluído no nosso livro *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador – Responsabilidades: danos material, moral, estético e pela perda de uma chance*, 2.ed., Editora LTr, 2006.

(**) Procurador Regional do Trabalho. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor de Direito e de Processo do Trabalho. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.